Das Recht auf Herausgabe eines Kindes

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der
Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

KARL ZEIS
Referendar aus Rosenheim

Approbiert am 14. Oktober 1929

1929

Druck: Bibliographisches Institut AG.
Leipzig

Das Recht auf Herausgabe eines Kindes

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

KARL ZEIS

Referendar aus Rosenheim

Approbiert am 14. Oktober 1929

1929

Druck: Bibliographisches Institut AG.

Leipzig

Referent: Professor Dr. Locher

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

Seite

A. Einleitung. Entwicklung des Herausgabeanspruchs im römischen und gemeinen Recht 7

B. Begriff und Wesen des Herausgabeanspruchs nach BGB. .. 14

C. Die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 1632.
I. Die Aktivlegitimation 16
II. Die Passivlegitimation 29

D. Prozessuale Geltendmachung des Herausgabeanspruchs nach § 1632.
I. Allgemeines 34
II. Einreden gegen das im Prozeß geltend gemachte Herausgabeverlangen 37

E. Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil auf Herausgabe eines Kindes 43

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533907_0031

Meinen lieben Eltern!

A. Einleitung.

Das Recht auf Herausgabe eines Kindes stellt sich ganz allgemein dar als der Ausfluß eines Herrschaftsverhältnisses, das der Berechtigte über das Kind ausübt. Dieses Herrschaftsverhältnis wurzelt in den jeweiligen familienrechtlichen Anschauungen der Völker und hat mit dem Wandel dieser familienrechtlichen Begriffe manche Änderung erfahren.

Im alten Rom bildete die Grundlage des Herausgabeanspruchs bei allen Kindern, die einen pater familias hatten, also alieni iuris waren, die patria potestas. Diese war der Inbegriff aller Befugnisse, die ein gewaltfreier Römer über seine ehelichen Deszendenten hatte (Gaius I, 55. Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus quod ius proprium civium Romanorum est, fere enim nulli sunt alii homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus).

Die Hauptquelle der patria potestas, die am besten zugleich an den Gedanken anknüpft, daß das Recht des Vaters über sein Kind aus seinem Recht über dessen Mutter entspringe, und an die neuere Vorstellung, daß dieses Recht auf dem Zeugungsakt beruhe, ist die Zeugung in rechter Ehe. Außerdem konnte die patria potestas durch Adoption bzw. Arrogation, sowie durch Legitimation erworben werden.

Die Meinungen darüber, ob die Römer die patria potestas als Eigentumsrecht an dem gewaltunterworfenen Kinde ansahen oder in ihr nur eine Art häuslichen Imperiums erblickten, gehen in der Literatur auseinander. Für die erstere Ansicht wird ins Feld geführt, daß die patria potestas, die mit der manus und dem mancipium eine gemeinsame Wurzel hat, ein Machtverhältnis darstellt, das in seinem Recht über Leben und Tod des Gewaltunterworfenen, in seinem Emanzipationsrecht keinen Unterschied von dem Eigentumsrecht über Sklaven z. B. mehr erkennen lasse. Auf diesem Standpunkt steht Walter[1]), der ausführt, daß im römischen Privatrecht die Grundlage

[1]) Geschichte des römischen Rechts, § 502.

der väterlichen Gewalt der Gedanke eines durch Zeugung an den Kindern erworbenen Eigentums sei. Auch Puchta[1]) vertritt die Ansicht, daß die patria potestas sich von der Gewalt des Eigentümers eines Sklaven nicht unterschieden habe. Zur Begründung verweist er auf eine Komödie von Plautus[2]), aus der hervorgeht, daß das tollere filium willkürlich und eine Aussetzung möglich war. Ein altes Gesetz, das auf Romulus zurückgeführt wird und die Tötung eines Kindes unter drei Jahren verbot mit der Ausnahme, daß es sich um eine Mißgeburt handle, stellt lediglich eine Beschränkung des an sich bestehenden unbeschränkten ius vitae et necis dar. (Dionys. II, 15: *ἀποκτιννύναι δὲ μηδὲν τῶν γενομένων νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον, ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γόνης.*) Andere, wie Böcking[3]), Brinz[4]) und Burchardi[5]), sehen in der patria potestas ein dem Eigentum verwandtes, aber doch nicht vollständig gleichendes Herrschaftsverhältnis des pater familias über seine Abkömmlinge und begründen diese Ansicht damit, daß sie darauf hinweisen, daß in den ältesten Zeiten dem Hausvater ein Herrschaftsrecht über seine Familie in ähnlicher Weise zustand wie in großem Maßstab der Regierung über ein Staatswesen, so daß die patria potestas vorzugsweise ein imperium domesticum gewesen sei. Allzu große Bedeutung dürfte diesem Streit der Meinungen wohl nicht beizumessen sein. Denn im wesentlichen dreht er sich nur darum, ob der oben erwähnte Gedanke des imperium domesticum als Wesen der patria potestas sich auch auf die ältesten Zeiten römischer Rechtsentwicklung anwenden läßt oder nicht. Auch die Vertreter der Ansicht, daß ursprünglich die Gewalt des Hausherrn über seine Kinder die gleiche Wurzel hatte wie sein Recht über seine Sklaven, räumen ein, daß die erstere mit den fortschreitenden Kulturbegriffen bedeutend modifiziert wurde[6]). Das ius vitae et necis, eine Institution, die unter Severus Alexander überhaupt schon abgeschafft war, stand dann dem Inhaber der väterlichen Gewalt nicht mehr willkürlich, sondern nur in Ausübung einer Art häuslichen Richteramtes zu und setzte eine Verfehlung des Gewalt-

[1]) Cursus der Inst. III, § 282.
[2]) Plautus, Amphitruo I, 3, 3.
[3]) Pand. § 43, Anm. § k–m, S. 166.
[4]) S. 594.
[5]) Arch. f. civ. Praxis, Bd. 8, S. 176.
[6]) Vgl. Puchta III, S. 144.

unterworfenen voraus. Auch das Recht des Vaters, seine Kinder zu verkaufen, eine Rechtsbestimmung, auf die ebenfalls die Theorie von der eigentumsgleichen Gewalt des römischen Familienvaters gestützt wird, bestand nur in den ältesten Zeiten. Im Justinianischen Recht ist es so weit abgeschwächt, daß der Vater nur mehr in äußerster Not ein neugeborenes Kind verkaufen darf (1. 2. C. de patribus, qui filios suos distraxerint), und Paulus sagt 1. 2. § 2. D. 43, 1 Sed et illa interdicta . . . veluti proprietatis causam continent. Item illa de liberis exhibendis, quae iuris tuendi causa diximus competere. Der Grund des Exhibitionsrechtes ist also nicht das Eigentum, sondern eine velutiproprietas, ein dem Eigentum ähnliches Recht.

Auf Grund dieses in der patria potestas verankerten Rechtes konnte in Rom der Inhaber der väterlichen Gewalt die Herausgabe seines Kindes von jedem verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthielt. 1. 1. § 2 Dig. de rei vind. 6, 1. Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur; petuntur igitur aut praeiduciis aut interdictis aut cognitione praetoria et ita Pomponius libro XXXVII: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit filium suum vel in potestate ex iure Romano, videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse; ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse (vgl. auch 1. 1. pr. Dig. 43, 30 qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est . . . ita eum eamve exhibeas).

Die Herausgabe des Sklavenkindes zu verlangen, war entsprechend der Rechtsstellung des Sklaven als res nur der Eigentümer der Sklavin, die das Kind geboren hatte, berechtigt; nur er konnte z. B. das entlaufene oder ihm entwendete Kind seiner Sklavin, und zwar mit der Eigentumsklage, zurückverlangen.

Über die Rechtsstellung des unehelichen Kindes im alten Rom ist in den Quellen verhältnismäßig wenig zu finden. Es galt der Satz, daß der status des unehelichen Kindes sich nach dem Tage der Geburt, der des ehelichen Kindes nach dem Zeitpunkt der Konzeption richte[1]).

[1]) Gaius I, 89: Quod autem placuit, si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa peperit, qui nascitur liberum nasci, naturali ratione fit: nam hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur; itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit: at hi qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt.

Das römische Recht hat den Satz geprägt: pater semper incertus und betrachtet demgemäß den Erzeuger eines unehelichen Kindes als unter allen Umständen ungewiß. Sehr charakteristisch für diese Auffassung sind l. 4 und 5 Dig. II, 4, § 4 Inst. III. 5 und § 12 Inst. I. 10, inhaltlich deren das uneheliche Kind überhaupt keinen Vater hat. Die Folge dieser Anschauung war, daß der Erzeuger eines unehelichen Kindes auch keinerlei patria potestas und damit natürlich auch keinen Herausgabeanspruch bezüglich des außerehelichen Kindes hatte. Im Verhältnis zur Mutter und den mütterlichen Verwandten dagegen stand das uneheliche Kind dem ehelichen vollständig gleich. Es wird von Ulpian als „lex naturae" bezeichnet, daß, wer sine legitimo matrimonio geboren werde, der Mutter folge[1]).

Aus der gesamten Klasse der unehelichen Kinder, welche im allgemeinen spurii oder vulgo concepti genannt werden (l. 23 Dig. I. 5: vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent quem habere non licet, qui et spurii appellantur *παρὰ τὴν σποράν*), hebt das römische Recht zwei Unterarten hervor, nämlich die liberi naturales, die mit einer Konkubine erzeugt waren, und die liberi ex damnato coitu, d. h. die in Blutschande (incestuosi) oder Ehebruch (adulterini) erzeugten Kinder. Die Ausnahmestellung, die diese beiden erwähnten Kategorien vor den übrigen unehelichen Kindern einnahmen, bezog sich aber lediglich auf erbrechtliche Möglichkeiten (vgl. bez. der lib. nat. l. 45 Dig. 28,6 – unbeschränkte passive Erbfähigkeit, erst abgeändert durch l. 2. Cod. V, 27; bez. der lib. ex damn. coitu Nov. LXXXIX Cap. 15: ut filii ex damnato coitu nati, nec alimenta a parentibus consequantur). Sonst standen sie den anderen unehelichen Kindern vollständig gleich, standen insbesondere nicht unter väterlicher Gewalt ihres Erzeugers.

Kein unehelicher Vater konnte infolgedessen ein Herausgaberecht gegenüber einem Dritten, bei dem sich das Kind befand, geltend machen. Da aber, wie oben erwähnt, das uneheliche Kind der Mutter folgte, die selbst wohl in der Mehrzahl der Fälle unter väterlicher Gewalt stand, so kam es ohne weiteres unter die patria potestas seines Großvaters mütterlicherseits, dem nun auch ein Exhibitionsrecht zustand.

---

[1]) l. 24. Dig. I, 5.

Wurde die väterliche Gewalt durch den Tod des Gewalthabers zu einer Zeit beendet, als ein ihr unterworfener Abkömmling noch unmündig war (impubes, bei Knaben unter 14, bei Mädchen unter 12 Jahren), so wurde zur Sorge für denselben ein Vormund berufen. Der praktische Sinn der Römer stellte bei den Aufgaben des tutor das Geschäftliche stark in den Vordergrund. Seine zwei Hauptfunktionen waren: negotia gerere und autoritatem interponere. Über die Frage, die hier interessiert, ob dem tutor in Ansehung seiner Sorgepflicht für die Person des pupillus (l. 12. § 3 Dig. XXVI, 7: cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur) eine Rechtsstellung gegeben war, die ihm die Geltendmachung eines Herausgaberechtes in bezug auf die Person seines pupillus ermöglicht hat, ist in den Quellen nichts zu finden. Der Digestensatz: tutor personae, non rei vel causae datur (l. 12–14 Dig. XXVI, 2), der früher dahin interpretiert wurde, der tutor habe für die Person und der curator für die Vermögensangelegenheiten des Mündels zu sorgen, so daß hierin der Unterschied zwischen tutela impuberum und cura minorum liege, ist wohl in solcher Auslegung mißverstanden. Er besagt vielmehr lediglich, daß der tutor die ganze Person des Mündels zu vertreten habe; er wird nicht für einzelne Geschäfte (rei vel causae), sondern für alle Angelegenheiten des pupillus aufgestellt. Weder aus ihm, noch aus der Digestenstelle (l. 12, § 3 Dig. XXVI, 7), in der davon gesprochen wird, daß der tutor sich um die Person des Pupillen, um dessen Erziehung und Aufführung zu bekümmern habe, kann ein sicherer Schluß auf das Bestehen einer solchen Rechtsstellung gezogen werden. Es erscheint daher zweifelhaft, ob zur Geltendmachung der vindicatio adiecta causa des älteren römischen Rechts bzw. den späteren interdicta de liberis exhibendis und de liberis ducendis der tutor aktiv legitimiert war.

In Deutschland hat die Institution der patria potestas keinen Eingang gefunden. Grundlage des Herrschaftsverhältnisses über das eheliche Kind war die sogenannte Munt. Sie beruhte auf der Schutzbedürftigkeit des Kindes, wenn sie auch wenigstens in den ältesten Zeiten sich in ihren praktischen Auswirkungen wenig von der patria potestas des Römers unterschied; der familia des Römers entsprach die Hausgemeinschaft, und die Macht des Vaters über die in seiner Munt stehenden Kinder ging bis zur Verfügung über Leben und Tod. (Vgl. Tacitus, Ann. IV, 72 von den Friesen: postremo corpora

coniugum aut liberorum servitio tradebant. Ferner Lex Baiw. I. 10: et si non habet tantam pecuniam, se ipsum et uxorem et filios tradat.) Diese Gewalt wurde aber im Laufe der Zeit stark abgeschwächt; ein Hauptunterschied gegenüber dem römischen Recht war vor allem das Erziehungsrecht, das neben dem Vater auch der Mutter zustand. Man kann hier nicht mehr von einem väterlichen Recht allein sprechen, sondern es dürfte hierin der Beginn der Entwicklung eines elterlichen Rechts zu sehen sein. Diese mütterliche Gewalt bestand schon in der fränkischen Zeit, trotzdem die Frauen selbst in der strengen Munt standen. In den rechtlichen Aufzeichnungen tritt die „Muttergewalt" zuerst als Erziehungsgewalt auf, welche sich nach dem Tode des Vaters in der Hand der Mutter konzentriert. Dieser Rest des prähistorischen Matriarchats kommt dann bei gesteigerter Selbständigkeit der Witwen zu neuen Kräften; es tritt hinzu eine Verlobungsgewalt und ein Vetorecht gegen eine Heirat[1]). Diese Ansicht wird allerdings bestritten von Gengler[2]), der ausführt, die Annahme einer mütterlichen Gewalt würde mit dem Geist des germanischen Rechtes schwer vereinbar sein, welches die Frauen als selbst eines Schutzes und Beistandes im Rechtsverkehr bedürftig auffaßte und ihnen die Grundbedingung zur Trägerschaft irgendeines rechtlichen Gewaltverhältnisses, nämlich die vollkommene Handlungsfreiheit, absprach. Immerhin ist festzuhalten, daß der Mutter ein Erziehungsrecht zustand, mag man nun weitergehende Rechte, die ihr als Vormünderin ihrer Kinder zukämen, anerkennen oder nicht. Dieser deutsch-rechtliche Gedanke hat auch im gemeinen Recht Eingang gefunden. Er hatte zur Folge, daß den Anspruch auf Herausgabe eines Kindes, der als Gewaltverhältnis das Erziehungsrecht zur Voraussetzung hatte, der geltend zu machen hatte, dem das Erziehungsrecht zustand. Selbstverständlich trat das mütterliche Erziehungsrecht während des Bestehens der Ehe gegenüber dem des Vaters in den Hintergrund, eine Tatsache, die sich ganz natürlich erklärt aus der überlegenen Stellung des Mannes seiner Frau gegenüber in der Ehe, ohne daß man dafür Reminiszenzen an die römische patria potestas als Deutung anzuziehen braucht.

Dem unehelichen Kind, mit Ausnahme des Hurenkindes, standen die alten Volksrechte (Lex Salica, L. Baiuvariorum usw.) viel freund-

[1]) v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, S. 185.
[2]) Deutsches Privatrecht, S. 604.

licher gegenüber als die späteren Rechte mit ihren unter dem Einfluß des Christentums, das jede außereheliche Geschlechtsgemeinschaft verdammte, entstandenen harten Bestimmungen. Zwar hatten nach ältestem Recht uneheliche Kinder nur mütterliche Verwandtschaft. Doch dieser Standpunkt wurde noch gemildert zugunsten des sogenannten Winkelkindes, das im offenen Konkubinat mit einem freien Weibe erzeugt war. Diesem war sogar ein Alimentationsanspruch und weiter ein Erbrecht gegenüber seinem natürlichen Erzeuger eingeräumt, eine Konsequenz, die sich wohl daraus ergab, daß das Kind in den väterlichen Geschlechtsverband aufgenommen wurde. Direkt barbarisch muten demgegenüber mittelalterliche Gesetzesvorschriften bezüglich der Rechtsstellung des unehelichen Kindes an. So erklärte z. B. der Sachsenspiegel in Buch I, Art. 38: „Kempen und ir kindere, spelüde und alle, die unecht geboren sin ... die sint alle rechtlos!" Demzufolge wurde das uneheliche Kind als außer allem Familienverband stehend und also rechtlos angesehen, und infolge der mangelnden rechtlichen Beziehungen zwischen Erzeuger und Kind, ja selbst zwischen Mutter und Kind war natürlich auch kein Herausgabeanspruch denkbar.

Das gemeine Recht hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß das Erziehungsrecht für das uneheliche Kind unter Ausschluß von unehelichem Erzeuger, Mutter und deren Aszendenz ausschließlich dem Vormund zustehe. Dies schloß natürlich nicht aus, daß durch diesen die Erziehung des Kindes einem der Genannten oder einem Dritten übertragen wurde. Das Erziehungsrecht aber und damit das Recht der Aufenthaltsbestimmung stand dem Vormund zu, und nur dieser konnte das Herausgaberecht geltend machen.

B. Begriff und Wesen des Herausgaberechts nach BGB.

Das geltende Recht des BGB. hat die historischen Bahnen für die Festlegung der rechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern verlassen. Abweichend von der patria potestas des römischen Rechts, aber auch von der Munt des älteren deutschen Rechts und der väterlichen Vormundschaft des gemeinen Rechts hat das BGB. einen neuen Begriff geschaffen, den der elterlichen Gewalt. Diese umfaßt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen. Das Personensorgerecht gibt dem Inhaber desselben das Recht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Die Aufenthaltsbestimmung ist aber als Bestandteil des Personensorgerechts nach § 1631 BGB. nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Gewalthabers, deren schuldhafte Verletzung ihn dem Kinde gegenüber sogar haftbar machen kann. Als notwendige Ergänzung zu § 1631 BGB. gibt das geltende Recht daher in § 1632 BGB. dem Vater die Befugnis, zur Sicherung seines Sorgerechts die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält.

Bezüglich der Art und rechtlichen Natur des Herausgabeanspruchs ist festzuhalten, daß es sich dabei um ein Recht des Gewalthabers handelt, das in seiner elterlichen Gewalt, genauer in seinem Personensorgerecht verankert ist. Daraus ergibt sich, daß der Fürsorgeberechtigte mit der Geltendmachung seines Anspruchs ausschließlich seine Interessen wahrnimmt. Das Interesse des Kindes ist dabei grundsätzlich ohne Bedeutung. Deswegen und unter Berücksichtigung der Tatsache, daß zur Geltendmachung des Anspruchs nicht das Vormundschaftsgericht, sondern ausschließlich das Prozeßgericht zuständig ist, könnte man vielleicht versucht sein, in dem Herausgabeanspruch nach § 1632 BGB. einen Parallelfall zu dem Anspruch des Eigentümers zu erblicken. Dieser Gedankengang wird aber dadurch zu Fall gebracht,

daß das geltende Recht einen Besitz (§ 854 BGB.) nur an Sachen, nicht aber an Personen kennt. Das Sorgerecht, die Grundlage des Anspruchs aus § 1632 BGB., ist aber ein familienrechtlicher und kein sachenrechtlicher Begriff. Auch der Kommentar der RGR.[1]) weist auf die oben erwähnte Ähnlichkeit der beiden Ansprüche hin und führt als weitere Verschiedenheit der beiden Klagen an, daß jeder, der durch sein tatsächliches Verhalten den Sorgeberechtigten an der Erlangung der Gewalt über das Kind hindert, der Klage aus § 1632 ausgesetzt sei. Andererseits führt v. Blume[2]) aus, das BGB. sei mit der Einräumung des Herausgabeanspruchs an den Gewalthaber dem gemeinen und sächsischen Recht gefolgt, während die sonstigen neueren Gesetzbücher einen solchen Anspruch nicht kennen würden (vgl. auch Mot. zum BGB. IV, S. 753). Er fährt dann fort: „Der Anspruch dürfte auch mit dem Grundgedanken des Gesetzes nicht in Einklang stehen. Denn aus der elterlichen Gewalt, wie sie vom Gesetz ausgebildet ist, kann ein Recht, das in seinem Aufbau sachenrechtlich gestaltet ist, trotz § 1632, nicht abgeleitet werden. Der Zwiespalt kommt deutlich darin zum Ausdruck, daß in § 1632 nicht wie in § 1627 und § 1631 als Gegensatz des Rechtes die Pflicht erscheint. § 1632 bedarf in dieser Hinsicht der Ergänzung."

[1]) Anm. 1 zu § 1632.
[2]) Opet-v. Blume, Kommentar zum BGB., Anm. zu § 1632.

C. Die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 1632 BGB.

I. Die Aktivlegitimation.

Das geltende Recht des BGB. hat die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs nach § 1632 BGB. abhängig gemacht von dem Recht der Sorge für die Person des Kindes, das ein – wenn auch nicht untrennbarer – Teil der elterlichen Gewalt ist. Es ist daher bei der Erörterung der Aktivlegitimation vor allem die Frage zu prüfen, wem im jeweiligen Fall das Personensorgerecht für das Kind, dessen Herausgabe verlangt wird, zusteht. Hierbei ist zu unterscheiden:

1. Für das eheliche Kind hat kraft der elterlichen Gewalt der Vater das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen (§ 1627 BGB.). Neben ihm steht in gleicher Weise während des Bestehens der Ehe dieses Recht der Mutter zu; beide üben es gemeinsam aus als Elternrecht und Elternpflicht; die elterliche Gewalt des Vaters überwiegt aber doch dergestalt, daß bei Meinungsverschiedenheiten seine Ansicht vorgeht (§ 1634 BGB.). An dieser gesetzlichen Bestimmung hat auch Art. 119, S. 2, RV. nichts geändert[1]). Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß der Vater grundsätzlich das Kind auch von der Mutter herausverlangen kann, ohne daß diese die Vorenthaltung des Kindes mit dem Hinweis auf das ihr ebenfalls zustehende Personensorgerecht rechtfertigen könnte.

2. Ist die Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst, so steht das Recht der Personensorge dem überlebenden Teil zu (§§ 1627, 1684, 1686 BGB.).

3. Für den Fall der geschiedenen Ehe hat das BGB. verschiedene Regelungen bezüglich der Personensorge getroffen; es unterscheidet nach dem Schuldausspruch im Ehescheidungsurteil.

[1]) Kommentar der RGR., Anm. zu § 1634 BGB.

a) Ist die Ehe aus alleinigem Verschulden des einen Teiles geschieden, so verliert dieser das Recht der Personensorge, das nun dem andern Teile allein zusteht (§ 1635 I, Satz 1 BGB.).

b) Trifft der Schuldausspruch des Scheidungsurteils beide Gatten, so steht das Sorgerecht für Söhne, die das 6. Lebensjahr vollendet haben, dem Vater, für Söhne unter 6 Jahren und für Töchter der Mutter zu (§ 1635 I BGB.).

Stirbt einer der geschiedenen Ehegatten, so fällt das Recht der Personensorge im Regelfalle für alle Kinder dem überlebenden Ehegatten zu, so daß auch der für alleinschuldig erklärte Teil wieder das Personensorgerecht erhalten kann (vgl. RGZ. **62,** 289).

c) Ist die Ehe wegen Geisteskrankheit eines der Ehegatten nach § 1569 BGB. geschieden, so ist zu unterscheiden:

aa) Ist die Scheidung wegen Geisteskrankheit der Mutter erfolgt, so steht das Personenfürsorgerecht für die Kinder ohne weiteres dem Vater zu, da ein Ausspruch im Schuldpunkt nicht erfolgt ist.

bb) Ob nach Scheidung der Ehe wegen Geisteskrankheit des Vaters in gleicher Weise das Personensorgerecht für die Kinder ohne weiteres der Mutter zusteht, erscheint fraglich[1]). Denn § 1685 II BGB., der nach Ansicht des Komm. der RGR. Anm. zu § 1635 BGB. hier einschlägig ist, setzt einen Beschluß des Vormundschaftsgerichts voraus, der der Mutter die Ausübung der elterlichen Gewalt und damit auch des Personensorgerechts überträgt. Stellt die Mutter nun den Antrag auf Übertragung der elterlichen Gewalt durch das Vormundschaftsgericht nicht, so erhält das Kind nach § 1698 BGB. einen Vormund, neben dem der Mutter das Personensorgerecht in gleicher Weise zusteht wie nach § 1634 BGB. neben dem Vater. Man wäre vielleicht versucht, anzunehmen, daß § 1698 BGB. wegen seines Hinweises auf § 1634 nur für die Zeit des Bestehens der Ehe Bedeutung habe. Demgegenüber hat sich aber das Reichsgericht[2]) auf den Standpunkt gestellt, daß § 1698 BGB. sich nicht nur auf eine noch bestehende Ehe beziehe. Dies sei mit Sicherheit aus den Beratungen der Kommission für die 2. Lesung (Prot., Bd. 6, S. 301) zu ersehen, wo es heiße: „Während bestehender Ehe", vgl. § 1529 E. Im übrigen sei die bisherige Fassung irreführend bzw. undeutlich, weil einmal in den

[1]) Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1924, Bd. II, S. 216.
[2]) RGZ. **102,** S. 284.

vorausgehenden Bestimmungen von einer Entziehung der elterlichen Gewalt nicht die Rede ist und weil weiterhin der § 1557 II E. nicht bloß die Beschränkung, sondern auch die Entziehung der väterlichen Erziehungsgewalt gestattet. Der Antrag wurde zurückgezogen, soweit er einen Zusatz zu dem Entwurf vorschlägt („während bestehender Ehe"), nachdem darauf hingewiesen worden war, daß die Vorschrift Anwendung finden könne, wenn die Ehe wegen unheilbarer Geisteskrankheit des Mannes geschieden worden sei[1]).

4. Wird die Ehe eines für tot erklärten Ehegatten nach § 1348 II BGB. dadurch aufgelöst, daß der andere Ehegatte eine neue Ehe schließt, so gelten in Ansehung des Personensorgerechtes für Kinder aus der aufgelösten Ehe gemäß § 1637 BGB. die gleichen Regeln, wie wenn die Ehe geschieden und beide Ehegatten für schuldig erklärt worden wären. Ist also der für tot Erklärte wirklich tot, so steht dem überlebenden Ehegatten das Personensorgerecht für alle Kinder zu. Lebt hingegen der für tot Erklärte noch, kehrt er z. B. aus Kriegsgefangenschaft zuück, nachdem die Ehefrau eine Ehe wieder eingegangen hat, so müssen hinsichtlich des Personensorgerechts für die Kinder aus der ersten Ehe die Vorschriften über die Verteilung des Personensorgerechtes nach § 1635 I in Anwendung des § 1637 BGB. gelten.

5. Ist ein Ehegatte geschäftsunfähig, so ruht nach § 1676 I BGB. seine elterliche Gewalt; der Geschäftsunfähige (§ 104 BGB.) ist unfähig zu ihrer Ausübung und damit auch zur Ausübung des Personensorgerechtes für ein Kind. Das Recht der Sorge für die Person des Kindes steht dann allein dem anderen Teil zu (§§ 1634, 1676 I, 1678, 1685 I, 1686 BGB.). Ist die Ehe durch den Tod des anderen Ehegatten aufgelöst, so muß als Träger des Personensorgerechtes ein Vormund für das Kind bestellt werden (§§ 1773, 1793 BGB.).

6. Wenn einer der Ehegatten beschränkt geschäftsfähig ist, so tritt hinsichtlich der Personensorge folgende Regelung ein:

a) Während der Dauer der Ehe behält zwar der beschränkt geschäftsfähige Vater trotz Ruhens der elterlichen Gewalt das Recht der Personensorge neben der Mutter; diese aber übt für ihn gemäß § 1685 BGB. die elterliche Gewalt aus. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den beiden Gatten geht aber die Ansicht der Mutter der des

---

[1]) Vgl. hierzu auch Bayer. OLGZ. 22, S. 206.

Vaters vor (§ 1676 II BGB.); die Rollen des Regelfalles nach § 1634 BGB. sind vertauscht.

b) Ist die Ehe aufgelöst, so erhalten sowohl die beschränkt geschäftsfähige Mutter wie der beschränkt geschäftsfähige Vater in Ansehung der Personenfürsorge, die ihnen an den Kindern, welche ihnen je nach Schuldausspruch des Scheidungsurteils folgen, zusteht, einen Vormund als Beistand. Dabei ist zu unterscheiden, daß bei der wegen Minderjährigkeit beschränkt geschäftsfähigen Mutter der Vormund gemäß § 1696 BGB. die rechtliche Stellung eines Beistandes hat; es geht also bei Meinungsverschiedenheiten zwischen ihr und dem Vormund die mütterliche Ansicht vor; handelt es sich dagegen um den beschränkt geschäftsfähigen Vater, so ist die Rolle des Vormundes nicht bloß wie im obigen Falle auf die rechtliche Stellung eines Beistandes beschränkt; im Streitfalle entscheidet die Ansicht des Vormundes (§§ 1676 II, 1685, 1686 BGB.).

7. Schließt eine geschiedene oder verwitwete Mutter eine neue Ehe, so bleibt dadurch ihr Personensorgerecht für ihre minderjährigen Kinder unberührt; sie hat ihren Kindern gegenüber die Rechtsstellung wie eine Mutter, deren elterliche Gewalt wegen Minderjährigkeit ruht (§ 1697 BGB.).

8. Das Personensorgerecht über das uneheliche Kind. Eine elterliche Gewalt über ein uneheliches Kind kennt das BGB. nicht. Die Beziehungen zwischen Erzeuger und unehelichem Kind bestehen in der Hauptsache lediglich in einer finanziellen Unterhaltspflicht des natürlichen Vaters, ohne daß irgendwelche verwandtschaftliche Beziehungen zwischen beiden bestehen oder ein Gewaltverhältnis des Vaters über sein uneheliches Kind begründet wird. Infolgedessen steht dem außerehelichen Vater auch kein Sorgerecht für die Person seines Kindes zu.

Dagegen steht die uneheliche Kindschaft im Verhältnis zwischen Mutter und Kind der ehelichen Kindschaft sehr nahe, insofern als die uneheliche Mutter einer verwitweten ehelichen Mutter, die sich von neuem verheiratet hat, gleichgestellt wird[1]). Die uneheliche Mutter hat das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen (vgl. Urteil d. Bundesamts f. Heimatw. vom 4. I. 13, DJZ. **1913**, S. 1324;

---

1) Cosack, Bd. II, § 94, S. 257.

OLG. **30,** 141). Der Vormund des Kindes – wegen des Ausschlusses der unehelichen Mutter von der elterlichen Gewalt muß das Kind einen Vormund erhalten – hat ihr gegenüber in bezug auf das Personensorgerecht nur die Stellung eines Beistandes (§ 1707 BGB.). Daraus folgt, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen unehelicher Mutter und Vormund über Dinge, die das Recht der tatsächlichen Personenfürsorge betreffen, die Ansicht der Mutter vorgeht.

Das Recht der Personensorge steht der unehelichen Mutter auch zu, wenn sie selbst noch minderjährig ist und unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht. „Auch wenn die uneheliche Mutter noch minderjährig sein sollte, würde es den natürlichen Verhältnissen nicht entsprechen, sie von der Pflicht, in dem in § 1570 des E I. bezeichneten Umfang für ihr Kind zu sorgen, zu entbinden." (Mot. IV, S. 862.)

Die Personensorge, die der unehelichen Mutter zusteht, stellt einen Bestandteil der elterlichen Gewalt dar[1]). Auf sie finden daher die für die elterliche Gewalt im allgemeinen geltenden Vorschriften Anwendung.

Ist die uneheliche Mutter an der Ausübung des tatsächlichen Personensorgerechts verhindert, so wird nicht erst in analoger Anwendung des § 1665 BGB. das Vormundschaftsgericht den Vormund ermächtigen müssen, das Personensorgerecht für die Mutter wahrzunehmen (diese Ansicht vertritt Staudinger[2]), zustimmend auch Planck[3]), sondern es wird der Vormund ohne weiteres das Sorgerecht für die verhinderte Mutter ausüben dürfen. Planck führt zur Begründung seiner Anschauung ein Urteil des OLG. Rostock vom 6. V. 04 an (Seuff. Arch. **60,** 110ff.). In diesem ist aber nicht die Plancksche Ansicht vertreten, sondern die Frage offen gelassen und nur darauf hingewiesen, daß im Schrifttum die Meinungen geteilt sind. Der oben angeführte Standpunkt von Planck dürfte m. E. in einer zu engen Auffassung über die analoge Anwendung der Vorschriften über die elterliche Gewalt seine Erklärung finden. Selbstverständlich muß nach § 1665 BGB. das Vormundschaftsgericht eingreifen, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist und die Mutter sie nicht nach § 1685 BGB. ausübt, da kein weiterer Rechtsträger für die elterliche Gewalt

---

[1]) Staudinger in Anm. 2c zu § 1707 BGB. unter Berufung auf Mot. IV, S. 841, 855, 862.

[2]) Anm. 2c zu § 1707 BGB.

[3]) Anm. 1c zu § 1707 BGB.

vorhanden ist. In unserem Falle liegt aber die Sache so, daß neben der tatsächlich verhinderten unehelichen Mutter noch der Vormund steht, wenn er auch, was die tatsächliche Personenfürsorge für das Kind anlangt, nur die Stellung eines Beistandes hat. Sein Wirkungskreis umfaßt aber doch die tatsächliche Personenfürsorge für das Kind mit und im Falle der Behinderung der Mutter ist kein Grund einzusehen, warum dem Vormund von seiten des Vormundschaftsgerichts erst eine Ermächtigung zu Handlungen, die an und für sich zu seinem Pflichtenkreis gehören, gegeben werden soll[1]).

9. Das Personensorgerecht über Kinder aus nichtigen und anfechtbaren Ehen. Bei Kindern aus ungültigen Ehen sind bezüglich der Frage, wer Träger der Personensorge ist, drei Fälle zu unterscheiden:

a) Hat keiner der Ehegatten bei der Eheschließung die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe gekannt, so stehen die Kinder aus dieser Ehe ehelichen gleich mit der Maßgabe, daß die Vorschriften Platz greifen, die für den Fall gelten, wenn die Ehe geschieden und beide Ehegatten für schuldig erklärt worden sind (§§ 1635, 1700 BGB.). Das Recht der Personensorge steht also für Söhne bis zum vollendeten 6. Lebensjahr und für Töchter der Mutter, für Söhne über 6 Jahre dem Vater zu. Stirbt einer der Gatten, so fällt die Personensorge für die seinem Personensorgerecht unterworfenen Kinder dem überlebenden Teil zu.

b) War bei der Schließung einer Ehe, die nichtig oder anfechtbar ist, einer der Gatten in Hinsicht auf diese Tatsache bösgläubig, so muß man unterscheiden:

aa) War der Vater bösgläubig, so steht die elterliche Gewalt ausschließlich der Mutter zu, während der Vater keine aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte besitzt. Er hat also auch kein Personensorgerecht, das ausschließlich der Mutter gebührt. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit, so bleibt ihr doch das Recht der Personenfürsorge im Ausmaß des § 1696 BGB.

bb) War die Mutter bösgläubig, so hat der Vater allein die elterliche Gewalt und damit das Recht der Personenfürsorge. Die Mutter hat die Rechtsstellung einer aus ihrem alleinigen Verschulden geschiedenen Ehefrau (§ 1635 BGB.). Das Recht der Personenfürsorge für die Kinder ist ihr versagt. Im Falle des Todes des Ehemannes oder

[1]) Zustimmend auch Dernburg, Familienrecht IV, § 88, Nr. 5.

einer anderweitigen Beendigung seiner elterlichen Gewalt erhält die Mutter das Recht der Personenfürsorge. Ihre Ansicht in Angelegenheiten, die das Personensorgerecht betreffen, geht bei Meinungsverschiedenheiten mit dem Vormund, den die Kinder erhalten müssen, obwohl die bösgläubige Mutter die elterliche Gewalt im übrigen auch durch den Tod des Mannes nicht mehr erlangen kann, der des Vormunds vor, da dieser in Angelegenheiten der Personensorge nur die rechtliche Stellung eines Beistandes hat (§ 1701 BGB.).

c) War beiden Ehegatten bei Abschluß der Ehe deren Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit bekannt, so gelten die Kinder aus solchen Ehen als uneheliche (§ 1699 I BGB.). Personensorgeberechtigt ist lediglich die Mutter. Im übrigen vgl. oben, S. 19, Ziff. 8.

d) Eine Ausnahme besteht bezüglich der Kinder aus einer Ehe, die wegen Drohung anfechtbar und angefochten ist. Da es in diesem Falle nicht im Bereich der Möglichkeit des anfechtungsberechtigten Ehegatten lag, das Zustandekommen der Ehe zu verhindern, kann man ihm ebensowenig wie dem gutgläubigen Ehegatten einen Vorwurf daraus machen, eine anfechtbare Ehe eingegangen zu sein. Das Gesetz stellt ihn deshalb einem gutgläubigen Ehegatten gleich (§ 1704 BGB.). Vgl. hierzu oben 9b), aa) und bb).

10. Das Personensorgerecht über legitimierte Kinder. Bei der Frage, wer für ein legitimiertes Kind personensorgeberechtigt ist, ist zu unterscheiden:

a) Durch die Legitimierung durch nachfolgende Ehe (legitimatio per subsequens matrimonium) erlangt das uneheliche Kind, dessen Eltern sich nachträglich miteinander verheiraten, die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes. Bezüglich des Rechtes der Personensorge gilt also das oben unter 1. Ausgeführte (§ 1719 BGB.).

b) Durch Ehelichkeitserklärung (per rescriptum principis) erlangt ein uneheliches Kind ebenfalls die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes; doch gilt das nur in bezug auf den Vater, der den Antrag auf Ehelichkeitserklärung gestellt hat. Dieser erhält die elterliche Gewalt und damit auch das Personensorgerecht über das Kind. Die uneheliche Mutter verliert ihr Personensorgerecht, das als mit der elterlichen Gewalt des Vaters unvereinbar hinter dieser zurücktreten muß[1]). Dieses

[1]) RGR. Kommentar, Anm. 2 zu § 1738 BGB.

Sorgerecht fällt nur dann an sie zurück, wenn die elterliche Gewalt des Vaters erloschen ist oder wegen Geschäftsunfähigkeit oder tatsächlicher Verhinderung ruht (§§ 1684, 1685, 1738 BGB.) und sie das Kind zu unterhalten hat. Die Frage, ob hier die Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt oder die tatsächliche Unterhaltsleistung ausschlaggebend sein soll, ist durch Rechtslehre und Rechtsprechung noch nicht geklärt. Der Komm. der RGR.[1]) verlangt tatsächliche Unterhaltsleistung von seiten der unehelichen Mutter, um für sie das Personensorgerecht wieder aufleben zu lassen, während sich Staudinger[2]) auf den Standpunkt stellt, daß die Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt ausschlaggebend sein soll. Das Reichsgericht läßt in seinem Urteil vom 18. IX. 1922 (RGZ. **105,** S. 164) die Frage offen; es nimmt Bezug auf das Gutachten zum Entwurf eines BGB. (Bd. IV, S. 452), in dem betont wird, daß es unbillig wäre, der Mutter das Fürsorgerecht vorzuenthalten, wenn sie den Unterhalt zu gewähren hätte; dieser Gesichtspunkt könne aber nur von Bedeutung sein, wenn die Mutter tatsächlich für den Unterhalt in Anspruch genommen werde. Wenn man diese gutachtliche Stellungnahme aber zugrunde legt, wird man wohl zu dem Ergebnis kommen müssen, daß das Aufleben des Personensorgerechts der unehelichen Mutter nur eintritt, wenn sie auch tatsächlich den Unterhalt gewährt, nicht, wenn bloß die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung besteht[3]).

11. Das Personensorgerecht über adoptierte Kinder. Es ist noch die Frage des Personensorgerechts für ein adoptiertes Kind zu besprechen. Grundsätzlich erhält ein Kind durch die Adoption die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes des oder (bei Ehegatten) der Annehmenden (§§ 1741, 1749, 1757 BGB.).

Das Recht der Personensorge der leiblichen Eltern bzw. bei unehelichen Kindern der leiblichen Mutter lebt aber wieder auf, wenn die elterliche Gewalt des Annehmenden endigt oder wegen Geschäftsunfähigkeit oder tatsächlicher Verhinderung ruht und die Eltern bzw. die uneheliche Mutter den Unterhalt für das Kind zu gewähren hat (§ 1765 BGB.). Bezüglich der Frage, ob tatsächliche Unterhaltsleistung oder

---

[1]) § 1738 Anm. 2.

[2]) § 1738 Anm. 2a.

[3]) Zustimmend im Ergebnis auch v. Blume in Jur. Wo. 1923, S. 76 Bemerkung zu dem dort abgedruckten, oben zitierten Reichsgerichtsurteil.

nur Verpflichtung zur Unterhaltsleistung zum Wiederaufleben des Personensorgerechts erforderlich ist, gilt das oben unter 10b) Ausgeführte.

Wird der Adoptionsvertrag, solange das Kind noch minderjährig ist, in gültiger Weise wieder aufgehoben (§ 1768 BGB.), so endet infolge der Aufhebung des Rechtsverhältnisses die elterliche Gewalt und damit das Personensorgerecht des oder der Annehmenden; ob es an die leiblichen Eltern zurückfällt, bemißt sich nach § 1765 II BGB. Da die elterliche Gewalt der leiblichen Eltern auch nach Lösung des Adoptionsvertrages nicht wieder auflebt, ist Vormundschaft einzuleiten.

12. Änderungen im Bestand des Personensorgerechts durch Eingreifen des Vormundschaftsgerichts. Die bis jetzt dargelegte Verteilung des Personensorgerechts bildet die normale Regelung, wie sie gesetzlich festgelegt ist. Es würde aber eine unglaubliche Härte bilden, wenn in bestimmten Fällen nicht ein Abweichen von der starren Norm möglich wäre, nämlich dann, wenn das Wohl des Kindes nach einer Änderung in der Verteilung des Personensorgerechts verlangt. Diesem Schutzbedürfnis des Kindes trägt der Gesetzgeber dadurch Rechnung, daß er dem Vormundschaftsgerichte die Befugnis gibt, von der Regel des elterlichen Personensorgerechts abweichende Bestimmungen zu treffen, sofern die begründete Besorgnis besteht, daß die der Regel gemäß erfolgende Ausübung des Sorgerechts eine Gefährdung des Kindes in sich birgt. Es kommen hierfür die gesetzlichen Vorschriften in § 1635 I, S. 2 BGB. und § 1666 BGB. in Frage, von denen die erstere sich auf Kinder aus geschiedenen Ehen bezieht, während die letztere allgemeine Bedeutung hat.

Die Befugnis des Vormundschaftsgerichts nach § 1635 I, S. 2 BGB. geht dahin, das Sorgerecht unter den geschiedenen Gatten anders zu verteilen, als es nach der gesetzlichen Norm vorgeschrieben ist. Diese Berechtigung hat aber das Vormundschaftsgericht nur, wenn und soweit nach den besonderen Umständen des Falles das Interesse des Kindes in Frage kommt. Zu beachten ist, daß § 1635 I, S. 2 nur die Handhabe bietet zu einer abweichenden Verteilung des Sorgerechts unter den Gatten; eine Verfügung, die das Sorgerecht beiden Gatten entzieht und einem Dritten überträgt, kann sich dagegen nicht auf die angezogene Gesetzesvorschrift stützen[1]).

[1]) So auch Planck, Bem. 4b, zu § 1635; Staudinger, Anm. 1bβ zu § 1635; Bayr. OLGZ. 4, S. 91; Rsp. OLG. 31, S. 407; OLG. 36, S. 208.

Während durch die eben besprochene Vorschrift des § 1635 BGB. nur ein Spezialfall getroffen wird, gibt § 1666 BGB. dem Vormundschaftsgericht umfangreiche Machtmittel zur Hand, um das Interesse der Kinder zu wahren und sie gegen Maßnahmen der Gewalthaber, die ihrem Wohle abträglich sind, zu schützen. Der Vormundschaftsrichter kann, wenn der Gewalthaber die ihm obliegenden Pflichten auf dem Gebiete der Sorge für die Person des Kindes schuldhaft verletzt hat, so daß das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet ist, gemäß § 1666 BGB. dagegen einschreiten. In der Wahl der Mittel, die das Vormundschaftsgericht anwenden will, ist ihm, wenn nur der Tatbestand des § 1666 BGB. gegeben ist, völlig freie Hand gelassen. Von den „erforderlichen Maßnahmen", die das Vormundschaftsgericht treffen kann, interessieren hier lediglich diejenigen, die in das Personensorgerecht des Gewalthabers, insoweit die Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes in Frage kommt, eingreifen. Darunter fallen:

a) Vorläufige Anordnungen, die z. B. eine Bestimmung über den einstweiligen Aufenthalt des Kindes treffen (vgl. Beschluß des Bayerischen OLG. vom 29. IV. 1910, OLGZ. **11,** S. 312). Hier führt das Beschwerdegericht aus, daß, wenn der Gewalthaber, dem an und für sich das Recht der Aufenthaltsbestimmung über das Kind zusteht, dieses Recht mißbraucht, das Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB. das Recht und die Pflicht habe, die zur Abwendung der Gefahr der Schädigung des Kindes erforderlichen Maßregeln zu treffen und zum Zwecke ihrer Anordnung auf Grund des § 12 FGG. die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu pflegen. Wenn nun während der Ermittlungen und vor ihrem Abschluß der Vater einseitig in den Verhältnissen des Kindes eine Änderung vornehmen will, die es schädigen könnte, hat das Vormundschaftsgericht das Recht und die Pflicht, durch eine verläufige Anordnung die Schädigung des Kindes zu verhindern[1]).

b) Beschränkung der tatsächlichen Personensorge in einzelnen Punkten. Das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und seine Erziehung zu leiten, kann dem Inhaber des Personensorgerechts durch das Vormundschaftsgericht entzogen und einer anderen Person übertragen werden, wenn das Verhalten des

[1]) Zustimmend auch Planck, 3. Aufl., Bd. IV, S. 530.

Personensorgeberechtigten zu der Befürchtung Anlaß gibt, daß das leibliche oder geistige Wohl des Kindes gefährdet wird. Die Anwendung des § 1666 setzt aber immer ein vorsätzlich oder fahrlässig schuldhaftes Verhalten des Gewalthabers voraus. Diesen von der Wissenschaft und der Rechtsprechung allgemein vertretenen Standpunkt nimmt schon das Kammergericht in einem Beschluß vom 29. V. 1901[1]) ein, das zur Begründung einen Exkurs in die Entstehungsgeschichte des § 1666 unternimmt und ausführt: „Wie seine Entstehungsgeschichte ergibt, bezweckt der § 1546 des 1. Entwurfs, dessen erste beiden Sätze dem nunmehrigen Abs. I des § 1666 BGB. im wesentlichen entsprechen, dem Kinde in solchen Fällen gegenüber dem Gewalthaber richterlichen Schutz zu gewähren, in welchen dieser durch sein Verhalten das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet (vgl. Mot. IV, S. 803ff.). Der erste Entwurf stand somit, wie das auch die 2. Kommission hervorhob (vgl. Prot. IV, S. 621), prinzipiell auf dem Standpunkt, daß der Vater oder die Mutter nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht haben, für die Person des Kindes, besonders für dessen Erziehung zu sorgen, und daß dieses Recht ihnen nur infolge Verschuldens entzogen werden könne. – Die 2. Kommission gab das Verschuldungsprinzip auf und erklärte das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts auch dann für zulässig, wenn das Kind auch ohne Verschulden des Gewalthabers sittlich verwahrlost und nach der Persönlichkeit und den Lebensverhältnissen des Vaters anzunehmen ist, daß die elterliche Zucht zur Besserung des Kindes nicht ausreicht (Prot. IV, S. 622, 654ff.). Die Reichstagskommission beseitigte jedoch die Bestimmung, daß bei Verwahrlosung des Kindes auch ohne Verschuldung des Gewalthabers das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts zulässig sein sollte. Sie erklärte sich nur damit einverstanden, daß dem Vater die Erziehung des Kindes entzogen werde, wenn ihn eine persönliche Schuld treffe, sei es, daß er die Sorge für die Person des Kindes mißbrauche oder daß er das Kind vernachlässige oder daß er durch ein ehrloses oder unsittliches Verhalten auf das Kind schlecht einwirke."

Auch in seinem Beschluß vom 23. I. 1907[2]) sagt das Kammergericht: „Unter Mißbrauch ist dem Wortsinne nach ein falscher, nicht zu billigender Gebrauch zu verstehen, der sowohl ein rechtlich falscher

[1]) OLG. 3, S. 2.
[2]) KGJA., S. 18.

(rechtswidriger) als auch ein solcher unrichtiger (zweckwidriger) sein kann. Im Falle des § 1666 I BGB. ist nicht bloß ein objektiv unrichtiger, sondern auch ein subjektiv falscher, dem Vater als Schuld anzurechnender Gebrauch erforderlich; denn die Anwendbarkeit dieser Vorschrift setzt stets ein Verschulden voraus." Ablehnend stehen dieser Ansicht gegenüber Opet-v. Blume[1]), der das Verschuldungsprinzip überhaupt verneint, und Seng[2]), der, aber ohne überzeugende Begründung, an Stelle des Verschuldungsprinzips ein Verursachungsprinzip setzen will.

Bezüglich der Beschränkungen des tatsächlichen Personensorgerechts führt das bayr. oberste LG.[3]) aus: „Diese (Beschränkungen) können jeden denkbaren Inhalt haben und können sehr wohl den Willen des Vaters für einen bestimmten Wirkungskreis dauernd ausschalten. Es kann insbesondere dem Vater das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, das Recht, die Berufswahl seines Kindes zu bestimmen, das Recht, in der einen oder anderen Weise auf die Erziehung des Kindes einzuwirken, entzogen werden, kurz, es kann jede vorübergehende oder dauernde Beschränkung des Fürsorgerechts erfolgen, die geeignet und erforderlich ist, die Gefahr von dem Kind abzuwenden"[4]).

Durch das Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. VII. 1922 sind dem Vormundschaftsgericht zwei weitere wichtige Behelfe an die Hand gegeben worden, um die Interessen des Kindes im Sinne des § 1666 BGB. zu wahren: die Schutzaufsicht und die Fürsorgeerziehung.

Die Schutzaufsicht (§§ 58, 59 JWG.) besteht in dem Schutz und der Überwachung des Minderjährigen und wird durch einen „Helfer", der vom Vormundschaftsgericht bestellt wird, ausgeübt. Dieser hat den Erziehungsberechtigten bei der Ausübung der Sorge für die Person des minderjährigen Kindes zu unterstützen und zu überwachen. Er hat infolgedessen die rechtliche Stellung eines Beistandes (§§ 1688, 1689 BGB.). Das Personensorgerecht des Erziehungsberechtigten wird also durch den Helfer nicht beeinträchtigt, da bei Meinungsverschiedenheiten zwischen beiden die Ansicht des Erziehungsberechtigten den Ausschlag gibt.

---

[1]) Anm. zu § 1666 BGB.
[2]) Deutsche Strafrechtszeitung 1921, S. 352.
[3]) OLGZ. **17**, S. 199.
[4]) Vgl. ferner hierzu OLGZ. **20**, S. 45ff.; OLGZ. **20**, S. 51ff.

Den Zweck der Fürsorgeerziehung definiert § 62 JWG. so: sie dient der Verhütung oder Beseitigung der Verwahrlosung und wird in einer geeigneten Familie oder Erziehungsanstalt unter öffentlicher Aufsicht und auf öffentliche Kosten durchgeführt.

Die Anordnung der Fürsorgeerziehung wirkt gegenüber dem Erziehungsberechtigten insofern, als er für die Zeit der Fürsorgeerziehung das Recht der tatsächlichen Personensorge verliert. Diese geht auf die Fürsorgeerziehungsbehörde über (RGZ. **75,** S. 279: Die Fürsorgeerziehung läßt an sich die elterliche Gewalt bestehen, schränkt sie aber insofern ein, als für die Dauer und die Zwecke der Fürsorgeerziehung die Rechte und Pflichten der Eltern, soweit es sich um Unterhalt, Erziehung und Beaufsichtigung des Kindes handelt, auf den zur Ausführung der Fürsorgeerziehung verpflichteten Kommunalverband übergehen. Ähnlich RGZ. **98,** S. 247). Nach § 70 JWG. regelt die Ausführung der Fürsorgeerziehung die Landesgesetzgebung und bestimmt die Fürsorgeerziehungsbehörde sowie die Träger ihrer Kosten. Bayern hat von dieser Vorschrift Gebrauch gemacht und in Art. 30 des Ausführungsgesetzes zum JWG. (Jugendamtsgesetz) vom 20. VII. 1925 den Jugendämtern die Ausführung der Fürsorgeerziehung übertragen.

c) Entziehung des gesamten Sorgerechts für die Person des Kindes. Zu dieser Maßnahme wird das Vormundschaftsgericht natürlich nur bei schweren Verfehlungen des Gewalthabers gegen das Wohl des Kindes greifen, da es ja bei der Wahl seiner Mittel die zur Abwendung der Gefahr „erforderlichen" Maßnahmen treffen soll, also nicht weiter gehen darf, als das Bedürfnis es erfordert (vgl. OLGZ. **5,** S. 209: Gröbliche Verletzung der Unterhaltspflicht als Grund zum Entzug des gesamten Personensorgerechts).

Ist dem Vater die Sorge für die Person des Kindes auf Grund § 1666 BGB. entzogen, so erhält das Kind einen Pfleger (§ 1909 BGB.; bayr. oberst. LG. in „Recht" 1920, Nr. 1243), da die Entziehung des Sorgerechts ohne Übertragung auf einen anderen unzulässig ist. Die Mutter erhält das Sorgerecht bei bestehender Ehe nicht ohne weiteres; es kann ihr nur übertragen werden, wenn sie als Pfleger bestellt wird. Wird dem Kind gemäß § 1909 BGB. ein Pfleger bestellt, der nicht mit der Mutter personengleich ist, so hat die Mutter neben ihm in Ansehung der Personensorge die gleiche Stellung wie nach § 1634 BGB.

neben dem Vater (§ 1698 BGB.). Wird dem Gewalthaber vom Vormundschaftsgericht nach § 1666 II neben der Personensorge einschließlich der Vertretung des Kindes auch noch die Vermögensverwaltung entzogen, so erhält das Kind einen Vormund. § 1773 BGB.[1]).

Die Scheidung der Ehe bleibt für eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, nach der während des Bestehens der Ehe dem Gewalthaber das Personensorgerecht für ein Kind entzogen worden war, ohne Bedeutung. Die Folgen des § 1635 BGB. (evtl. Anfallen des Personensorgerechts für ein Kind) treten nicht ein. Tritt dagegen eine solche Entziehungsverfügung des Vormundschaftsgerichts erst nach Scheidung der Ehe ein, so fällt das Personensorgerecht ohne weiteres an den Partner der jetzt geschiedenen Ehe (zustimmend auch Wolff-Kipp[2]), der ausführt, daß in diesem Fall ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB. zugleich auch im Sinne von § 1635 I, S. 2 als eine andere Anordnung über das Sorgerecht aufzufassen sei, d. h. die Sorge gehe auf den anderen Gatten über). Bestehen dagegen Bedenken, so muß das Vormundschaftsgericht eigens beschlußmäßig aussprechen, daß diese Folge nicht eintreten soll, und nach der positiven Seite hin bestimmen, wem das Fürsorgerecht über das Kind zustehen soll (Pfleger oder Vormund).

II. Die Passivlegitimation.

Wir kommen nun zu der weiteren Frage: Welche Voraussetzungen müssen auf seiten des Beklagten vorliegen, um eine Klage gemäß § 1632 BGB. zu rechtfertigen? Unser Paragraph benennt als solche die widerrechtliche Vorenthaltung des Kindes.

Der Begriff des Vorenthaltens steht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts seit Jahren fest[3]). Danach ist erforderlich, daß der Vorenthaltende sich durch sein Verhalten mit dem Herausgabeanspruch des Gewalthabers in Widerspruch setzt, sei es, daß er die Herausgabe unmittelbar oder mittelbar verweigert, sei es, daß er eine Lage schafft, die dem Gewalthaber die Verwirklichung des Anspruchs

---

[1]) Wolff-Kipp, Fam.-Recht, § 83 II, 2 a. E.

[2]) Fam.-Recht, § 83 II, 2aα.

[3]) Warn. 1914, Nr. 124; 1917, Nr. 250; 1918, Nr. 12 u. 190; RG. in JW. 1916, S. 911.

unmöglich macht oder doch wesentlich erschwert. Das Reichsgericht[1]) hat auch die Frage, ob von einem Vorenthalten nach § 1632 BGB. gesprochen werden könne, wenn der Vorenthaltende das Kind nicht bei sich hat, sondern es zur Vereitelung des Herausgabeanspruchs einem anderen übergeben hat, der von dem Aufenthalt des Kindes niemanden Mitteilung machen sollte, bejaht, mit der Begründung, daß dem Herausgabeverlangen nach § 1632 BGB. auch der unterliege, der das Kind durch Vermittlung eines anderen dem Gewalthaber vorenthält. Dagegen würde ein rein passives Verhalten desjenigen, bei dem sich das Kind befindet, als „Vorenthaltung" nicht zu werten sein. Aus der Verpflichtung des Dritten, bei dem das Kind sich aufhält, lediglich von ihm selbst hervorgerufene Hindernisse, die der Ausübung des Sorgerechts von seiten des Gewalthabers entgegenstehen, zu beseitigen, ist zu schließen, daß für ihn keine Pflicht, dem Kinde Kost und Wohnung zu entziehen, bestehen kann, wenn das Kind selbständig sich weigert, dem Verlangen des Gewalthabers nach Rückkehr zu ihm nachzukommen. Diesen Standpunkt hat auch das OLG. Jena in einem Urteil vom 13. I.1902[2]) eingenommen, in dem es ausführt: „Wenn das Kind selbst der Rückkehr zum Vater widerstrebt, kann nicht, um keine Vorenthaltung anzunehmen, erfordert werden, daß die Dienstherrschaft, oder derjenige, bei dem sich das Kind gerade aufhält, verpflichtet ist, in irgendeiner Weise auf das Kind einzuwirken, um es zur Rückkehr zu bewegen, sei es durch Verweigerung von Nahrung und Entziehung der Wohnung, sei es durch (eventuell gewaltsame) Heraussetzung aus dem Hause . . . Auch dadurch, daß derjenige, der weiß, daß der Vater die Herausgabe des Kindes verlangt, dem Kinde weiter Kost und Logis gewährt, verhindert er nicht die Fortführung des Kindes; diese könnte vielmehr, wenn er durch Verweigerung der weiteren Gewährung von Kost und Logis das Kind zwänge, seinen derzeitigen, dem Vater bekannten Aufenthaltsort zu verlassen, gerade noch erschwert werden. Noch weniger kann von einer Pflicht des Beklagten, bei begründetem Anspruch des Klägers dem Kinde sein Haus zu verweigern, die Rede sein"[3]).

---

[1]) JW. 1924, S. 539.

[2]) OLG., Bd. IV, S. 109ff.

[3]) Ebenso im Ergebnis Rspr. OLG. XI, S. 292; Staudinger, Anm. 2bα zu § 1632; Planck, Anm. 2 zu § 1632; Opet-v. Blume, Anm. 2b zu § 1632.

Bestritten ist die Frage, ob ein „Vorenthalten" schon in dem Falle anzunehmen sei, wenn der derzeitige Obhutinhaber das Recht des Klägers, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, bestreitet. Opet-v. Blume[1]) vertreten die Ansicht, daß ein derartiges nur wörtliches Bestreiten des subjektiven Herausgabeanspruchs noch keine Vorenthaltung im Sinne des § 1632 BGB. bedeute. Staudinger[2]) bejaht dagegen, allerdings ohne weitere Begründung, im fraglichen Falle die Vorenthaltung. Diese Ansicht dürfte m. E. auch die richtige sein, denn in dem Bestreiten der Berechtigung des Anspruchs ist ein Widerstand gegen das Recht des Sorgeberechtigten enthalten, der die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs rechtfertigen muß. Diese Ansicht findet sich auch in dem oben zitierten Urteil des OLG. Jena[3]) vertreten, in dem es heißt: „Der Gegner muß auf irgendeine Weise dem Anspruch auf Herausgabe zu widerstreben versuchen, mag er dies dadurch tun, daß er einfach das Recht des Fordernden verneint oder . . ."

Eng verbunden mit dem Begriff des Vorenthaltens ist der Begriff der Herausgabe. Man könnte vielleicht sagen: Die Herausgabe ist das Ende der Vorenthaltung, wenn nicht aus diesem Versuch der gedanklichen Verbindung beider Begriffe der Schluß gezogen werden könnte, daß für die Herausgabe lediglich ein rein passives Verhalten des Beklagten genüge. Das ist aber nicht der Fall. Schon rein äußerlich weist der Sprachgebrauch darauf hin, daß eine „Herausgabe" eine aktive Betätigung, ein Handeln des dazu Verpflichteten voraussetzt. Allerdings ist die aktive Mitwirkung des zur Herausgabe Verpflichteten ziemlich gering; man kann von ihm nur verlangen, daß er eine Lage schafft, in der es dem Berechtigten ohne besondere Schwierigkeiten möglich ist, sein Kind von ihm wieder zurück zu erlangen. Eine direkte Zuführungspflicht besteht für den, der die Herausgabe bewerkstelligen muß, nicht. Es ist z. B. genügend, wenn er dem Berechtigten Ort und Zeit mitteilt, an welchem und zu welcher das Kind von ihm in Empfang genommen werden kann[4]).

---

[1]) Anm. zu § 1632.
[2]) Anm. 2b zu § 1632.
[3]) OLG. IV, S. 109.
[4]) Ebenso Planck, Anm. 2 zu § 1632 BGB.

Diesen Standpunkt nimmt auch das OLG. Karlsruhe in einem Urteil vom 8. VII. 1905[1]) ein, in dem ausgeführt wird: „Aus der Verpflichtung zur Herausgabe der Kinder läßt sich keine Pflicht des Beklagten ableiten, die Kinder der Klägerin zuzuführen. Es ist Sache der Klägerin, die Kinder in Empfang zu nehmen. Diese Empfangnahme setzt aber auf seiten des anderen Teils eine Übergabe voraus. Der Beklagte muß zur Herausgabe mitwirken, und zwar so, wie Treu und Glauben es erfordern. Dazu gehört in erster Linie, daß er die Klägerin von Zeit und Ort der zu vollziehenden Herausgabe in Kenntnis setzt. Sodann hat er eine solche Lage zu schaffen, daß der Klägerin die Wegnahme der Kinder auch tatsächlich und ohne besondere Erschwerungen möglich ist." Weiter wird in dieser Entscheidung noch darauf hingewiesen, daß die Herausgabepflicht für den Beklagten, bei dem sich das Kind befindet, größer oder geringer sein kann, je nachdem es sich um erwachsene Kinder handelt, die entschlossen sind, nicht zu ihrem Vater zurückzukehren oder z. B. um Kinder in so geringem Lebensalter, daß ihr Wille nicht in Betracht kommen kann.

Eine weitere Klagevoraussetzung ist, daß der Beklagte, der von dem aktiv legitimierten Inhaber der Sorge für die Person des Kindes gemäß § 1632 BGB. auf Herausgabe in Anspruch genommen wird, das Kind widerrechtlich vorenthält. Was unter Widerrechtlichkeit zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht; es ist auch nicht möglich, eine allgemeingültige positive Definition der Widerrechtlichkeit zu geben, an Hand deren man im konkreten Fall das Vorliegen einer Widerrechtlichkeit prüfen könnte. Es ließe sich höchstens sagen, daß die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung stets gegeben sein wird, wenn nicht ein besonderer Unrechtsausschließungsgrund vorliegt. Nach Staudinger[2]) ist die Vorenthaltung durch einen Dritten widerrechtlich, wenn dem Berechtigten das Recht der tatsächlichen Fürsorge für die Person des Kindes zusteht, ohne daß der Dritte ein Recht auf Vorenthaltung für sich geltend zu machen vermag. Dieses Recht muß, um das Moment der Widerrechtlichkeit zu beseitigen, im Gesetz begründet sein. Dabei ist zu beachten, daß das Gesetz, um den Anspruch aus § 1632 BGB. zu gewähren, auf seiten des Beklagten weder das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Vorenthaltung, noch ein

[1]) Rspr. OLG. XI, S. 292.
[2]) Anm. 2bβ zu § 1632 BGB.

Verschulden voraussetzt. Es genügt vielmehr, daß der Beklagte dem Inhaber des Personensorgerechts das Kind vorenthält, ohne daß ihm ein gesetzlich begründetes Recht zur Vorenthaltung zur Seite steht, das deren Widerrechtlichkeit ausschließt.

Als Beispiele für Rechte, die das Verhalten des Beklagten zu einem rechtmäßigen machen, durch ihr Vorhandensein also das Klagebegehren aus § 1632 BGB. scheitern lassen, seien kurz angeführt: Die nach § 627 ZPO. erlassene einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts, die in einem die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe betreffenden Rechtsstreit den Aufenthaltsort der Kinder regelt[1]). Kann der Beklagte eine solche einstweilige Verfügung zu seinen Gunsten geltend machen, so ist seine Vorenthaltung keine widerrechtliche. – Dieselbe Bedeutung hat eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, die z. B. nach § 1635 I BGB. oder § 1666 BGB. eine von der gesetzlichen Norm abweichende Entscheidung über den Aufenthalt des Kindes getroffen hat. Dagegen geht die Ansicht Opet-v. Blume[2]), daß Dritte nicht widerrechtlich handeln, wenn sie das Kind gegenüber einem Mißbrauch der elterlichen Gewalt – in diesem Sinne des Personensorgerechts – in der Weise in Schutz nehmen, daß sie, wenn sich beispielsweise das Kind zu ihnen geflüchtet hat, sich dem Herausgabeverlangen des Personensorgeberechtigten widersetzen, also ihm das Kind vorenthalten, zu weit und ist abzulehnen[3]). Auch wenn man mit Recht davon ausgeht, daß suprema lex die Wohlfahrt des Kindes sein müsse, so kann doch nicht ohne weiteres einem Dritten ein derartiger Eingriff in die Rechtssphäre des Obhutinhabers zugestanden werden, darf nicht einem Dritten gleichsam ein Richteramt zur Entscheidung der Frage, ob das Verhalten des Personensorgeberechtigten einen Mißbrauch seiner Sorgegewalt darstellt oder nicht, zugebilligt werden. Es läge auch gar keine gesetzliche Grundlage dafür vor; im gegebenen Fall steht es dem Dritten frei, die Tatsachen an das zuständige Vormundschaftsgericht zu berichten, das dann, wenn nötig, durch eine Anordnung auf Grund des § 1666 BGB. Abhilfe schaffen kann und wird[4]).

[1]) Vgl. RG. in „Recht" 1916, Nr. 1534; OLG. Augsburg in Seuff. Arch. 71, Nr. 41.

[2]) Anm. 8 zu § 1631 BGB.

[3]) Dagegen auch RGZ. **55**, S. 419; Recht 1910, S. 98; Warn. E. 1912, Nr. 437; 1917, Nr. 214; 1920, Nr. 47.

[4]) Zu vgl. auch RG. in JW. 1915, S. 1261; Bayr. OLGZ. **24**, S. 187.

D. Prozessuale Geltendmachung des Herausgabeanspruchs nach § 1632 BGB.

I. Allgemeines.

Wie schon oben ausgeführt ist, handelt es sich bei der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs nach § 1632 BGB. nicht um die Wahrnehmung von Interessen des Kindes, sondern um die Verfolgung eines rein privatrechtlichen Anspruchs des Gewalthabers. Es ist daher zur Entscheidung über das Herausgabeverlangen nicht das Vormundschaftsgericht, sondern das Prozeßgericht ausschließlich zuständig. Darin stimmen die Motive zum Entwurf eines BGB.[1]), die Rechtsprechung[2]) und die Rechtslehre[3]) überein.

Sachlich zuständig zur Entscheidung über den Herausgabeanspruch sind gemäß § 70 GVG. in Verb. mit § 23 GVG. die Landgerichte.

Aktiv legitimiert zur Klageerhebung ist derjenige, dem das Recht der Personensorge über das vorenthaltene Kind zusteht. Die Passivlegitimation des Beklagten ist an die Tatsache geknüpft, daß er das Kind dem Kläger rechtswidrig vorenthält. Zweifelhaft ist die Frage, ob ein beschränkt geschäftsfähiger Träger des Personensorgerechts für die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs analog § 52 I ZPO. als prozeßfähig zu erachten ist, oder ob ihm persönlich die Geltendmachung überhaupt zu versagen ist, so daß in diesem Falle nur sein gesetzlicher Vertreter berechtigt wäre, das Herausgabeverlangen zu stellen. Die Prozeßfähigkeit des minderjährigen Sorgeberechtigten wird von Staudinger[4]) verneint mit dem Hinweis darauf, daß zu einer

[1]) Mot. IV, S. 753.

[2]) RGZ. **46,** S. 170; RGZ. **55,** S. 420; Rspr. d. OLG., Bd. 6, S. 58, OLG. Hamburg in Seuff. Arch. 74, Nr. 138; KGJ., Bd. 29A, S. 200; OLG. München in „Recht" 1906, S. 378, Nr. 944; KG. in „Recht" 1908, Nr. 1817; OLG., Bd. 26, S. 282.

[3]) Planck, Anm. 7 zu § 1632; RGR. Komm., Anm. 1 zu § 1632; Staudinger, Anm. 3 zu § 1632.

[4]) Anm. 3, Abs. 5 zu § 1632.

solchen Anwendung des § 52 I ZPO. jede gesetzliche Grundlage fehle[1]). Bejahend spricht sich dagegen Planck-Unzner über diese Frage aus[2]), der ausführt: „Überwiegende Gründe dürften für die erste Alternative sprechen. Gegen sie spricht, daß der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Elternteil, wenn er ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters den Prozeß führen darf, im Falle des Unterliegens mit den Prozeßkosten sein Vermögen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters belastet. Für die unbeschränkte Prozeßfähigkeit aber ist entscheidend, daß, wenn das Gesetz der minderjährigen ehelichen Mutter, sofern ihr die Gewalt zusteht (§ 1696 BGB.), und der minderjährigen unehelichen Mutter (§ 1707 BGB.) die Sorge für die Person des Kindes unabhängig von dessen gesetzlichem Vertreter einräumt, es ihr nicht gerade den wichtigsten Anspruch, den Herausgabeanspruch, versagen darf."

M. E. eilt zum mindesten die eben zitierte Plancksche Ansicht dem Gesetzgeber voraus. Es mag dahingestellt bleiben, ob eine gesetzliche Regelung in der erwähnten Richtung von Vorteil wäre. Nach geltendem Recht dürfte es sicher an der Grundlage für eine analoge Anwendung des § 52 ZPO. fehlen. Planck-Unzner[3]) weist zwar darauf hin, daß der die Herausgabe fordernde Gewalthaber zwar ein eigenes Recht, aber im Grunde doch bloß die elterliche Gewalt geltend mache. Es sei aber mit dem Wesen der elterlichen Gewalt nicht vereinbar, daß hierbei, wenn der Sorgeberechtigte beschränkt geschäftsfähig ist, sein gesetzlicher Vertreter noch mitzuwirken habe. Dieses Bedenken kann ich nicht teilen. In den meisten Fällen, in denen eine beschränkt geschäftsfähige Gewalthaberin in Ausübung ihres ihr zustehenden Personensorgerechts Verfügungen treffen will, wird sich die Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters nicht umgehen lassen. Denn mit der Ausübung des Personensorgerechts ist in der Regel auch die Übernahme schuldrechtlicher Verpflichtungen verbunden, die davon nicht getrennt werden können und zu deren Eingehung die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters der Gewalthaberin notwendig ist. In Ansehung der bei einem unglücklichen Ausgang des Herausgabeprozesses erwachsenden Kosten wird dies von Planck-Unzner sogar ausdrücklich erwähnt.

---

[1]) Gleicher Ansicht auch Goldmann-Lilienthal, Anm. 45 zu § 1632.
[2]) Anm. 1, Abs. 2 zu § 1632.
[3]) Anm. 1 zu § 1632.

Rechtsnachteile werden auch der Gewalthaberin aus dem Mangel der Prozeßfähigkeit kaum erwachsen, denn der Herausgabeanspruch kann ja für sie durch ihren gesetzlichen Vertreter geltend gemacht werden. Sollte dieser aber ohne Grund die Prozeßführung verweigern, so würde dies sicher einen Mißbrauch seiner elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt darstellen, gegen den das Vormundschaftsgericht einzuschreiten in der Lage ist. Es brauchte in einem solchen Falle nur dem gesetzlichen Vertreter gemäß §§ 1630, 1796 BGB. die Vertretungsmacht zu entziehen und einen nach § 1909 BGB. ernannten Pfleger mit der Führung des Herausgabeprozesses zu beauftragen.

Bezüglich der Beweislast im Herausgabeprozeß ist aus allgemeinen Beweisgrundsätzen zu folgern, daß der Kläger für die Tatsachen beweispflichtig ist, aus denen sich ergibt, daß ihm das Recht der tatsächlichen Personensorge für das Kind zusteht und daß der Beklagte ihm das Kind vorenthält. Das Moment der Widerrechtlichkeit zu beweisen, obliegt nicht ihm, sondern es muß, da, wie oben (S. 32) festgestellt ist, die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung immer gegeben ist, wenn dem Vorenthaltenden kein gesetzlich begründetes Recht zur Vorenthaltung zur Seite steht, der Beklagte den Nachweis führen, daß er ein Recht zur Vorenthaltung habe, also das Moment der Widerrechtlichkeit nicht gegeben sei. Auf diesem Standpunkt stehen schon die Motive zu einem BGB.[1]), wo es heißt: „Aus den allgemeinen Beweisgrundsätzen ergibt sich übrigens von selbst, daß es Sache des Beklagten ist, im Wege der Einrede die besonderen Umstände darzulegen und zu beweisen, welche ihm das Recht geben, dem Kläger, trotzdem derselbe an sich das Recht hat, für die Person des Kindes zu sorgen, das Kind vorzuenthalten." Auch die herrschende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung hält diese angeführte Verteilung der Beweislast für richtig[2]). Anderer Ansicht ist Schirdewan[3]), der sich unter Berufung auf Leonhard („Die Beweislast") auf den Standpunkt stellt, der Aufbau des § 1632 bedinge die Regelung der Beweislast; diese treffe für alle drei Anspruchsvoraussetzungen (Personensorge-

[1]) Mot. IV, S. 753.

[2]) Komm. der RGR., Bem. 1 zu § 1632; Staudinger, Anm. 4 zu § 1632; Planck, Anm. 4 zu § 1632; KG. in JW. 1903, Beilage, S. 82.

[3]) Geschichte und rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs nach § 1632 BGB. Diss. Marburg 1921.

recht, Vorenthaltung und Widerrechtlichkeit der letzteren) den Kläger. Die herrschende Meinung verkenne das Wesen der Beweislast. Diese bestehe allein in der materiellen Folge, daß im Falle der Unaufgeklärtheit der Kläger abgewiesen wird, wenn es sich um eine Anspruchsvoraussetzung handle, daß hingegen der Beklagte abgewiesen werde, wenn es sich um einen nachträglichen Anspruchsvernichtungsgrund handle. Die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit als Aspruchsvoraussetzung des Herausgaberechts nach § 1632 BGB. lege dem Kläger die Beweislast für ihr Vorhandensein auf. Diese Ansicht geht fehl. Denn man kann in dem Sinn, wie Schirdewan es auffaßt, die Widerrechtlichkeit nicht als Anspruchsvoraussetzung bezeichnen. Ein sklavisches Anklammern an den Wortlaut des Gesetzes zu dem Zwecke, daraus Schlüsse auf die Verteilung der Beweislast zu ziehen, ist m. E. hier nicht der richtige Weg, um zu einem brauchbaren Ergebnis zu kommen. Der § 1632 BGB. dürfte wohl sprachlich nicht gerade glücklich vom Gesetzgeber gefaßt worden sein; denn der Sinn der Gesetzesvorschrift ist zweifelsohne der, daß die Personensorge das Recht umfaßt, die Herausgabe des Kindes von jedem Dritten zu verlangen, der es dem Sorgeberechtigten vorenthält, es sei denn, daß dem Dritten ein Recht zur Vorenthaltung zusteht. Die Bedeutung der Erwähnung der Widerrechtlichkeit im Wortlaut des § 1632 BGB. liegt demnach nur in dem Hinweis darauf, daß Ausnahmefälle denkbar sind, in denen dem Beklagten ein den Herausgabeanspruch ausschließendes besseres Recht zustehen kann. Daß ein solcher Ausnahmefall aber vorliegt, hat der Beklagte zu beweisen und im Wege der Einrede (im prozessualen Sinn) dem Kläger entgegenzuhalten.

II. Einreden gegen das im Prozeß geltend gemachte Herausgabeverlangen.

Gegen das Herausgabeverlangen des Klägers stehen dem Beklagten Verteidigungsmittel zur Verfügung. Er kann das Klagevorbringen des Klägers bestreiten, indem er behauptet, der Kläger sei nicht sorgeberechtigt und infolgedessen nicht aktiv legitimiert zur Klageerhebung, oder er kann einwenden, daß er das Kind nicht vorenthalte. Ein solches Vorbringen stellt ein Leugnen des Klagegrundes dar, den der Kläger zu beweisen hat. Der Beklagte kann aber auch einredeweise

Tatsachen geltend machen, aus denen folgt, daß sein Vorenthalten der Widerrechtlichkeit entbehre. Auf diese Einreden soll hier näher eingegangen werden. Da man bei einem Prozeß auf Herausgabe eines Kindes die Parteirollen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle von getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten besetzt findet, soll das Vorbringen der Beklagten in diesen Fällen zuerst untersucht werden.

1. Die Einrede des entgegenstehenden Erziehungsvertrags. Die Frage, ob ein Vertrag, den Eheleute über die Erziehung ihrer Kinder in dem Sinn, daß das Erziehungsrecht einem Ehegatten allein zustehen soll, treffen, von bindender Wirkung sein kann, ist zu verneinen. Das erklären schon die Motive zum BGB.[1]); hier wird darauf hingewiesen, daß dem Recht der Kindererziehung als einem Bestandteil der elterlichen Gewalt auch die Pflicht hierzu gegenüberstehe. Auf die Pflicht der Personensorge könne aber nicht verzichtet werden, so daß Verträge dieser Art unwirksam seien. Das BGB. spricht dies zwar nicht ausdrücklich aus, aber wenn man in seiner Entstehungsgeschichte zurückgeht, findet man im ersten Entwurf zu einem BGB. eine Bestimmung als § 1561, daß auf die elterliche Gewalt nicht verzichtet werden könne. Dieser Paragraph wurde von der 2. Kommission nur deshalb gestrichen, weil sein Inhalt sich von selbst verstehe[2]). Ist aber ein Verzicht ausgeschlossen, so ist auch ein Vertrag über Rechte, mit denen diese Pflicht untrennbar verbunden ist, ohne rechtliche Wirkung. Haben also Ehegatten vor ihrer Trennung einen derartigen Vertrag geschlossen, daß z. B. das Erziehungsrecht über ihr Kind allein der Ehefrau zustehen soll, und fordert nun nach ihrer Trennung der Vater auf Grund seines Personensorgerechts die Herausgabe des Kindes, so wird die Frau nicht unter Berufung auf den entgegenstehenden Erziehungsvertrag die Herausgabe verweigern können. Denn wenn ihr auch das Personensorgerecht für das Kind nach § 1634 BGB. ebenfalls zusteht, so entscheidet doch nach der gleichen gesetzlichen Bestimmung bei Meinungsverschiedenheiten der Wille des Vaters. Ist die Ehe aber bereits geschieden, so bestimmt § 1635 BGB., wem das Sorgerecht zusteht. Ist hiernach der Mann Träger des Personensorgerechts, so schließt der, wie oben aufgezeigt, rechtsunwirksame Vertrag die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung auf seiten der Frau

[1]) Mot. IV, S. 627.
[2]) Vgl. Prot. IV, S. 662.

nicht aus; ist aber nach der gesetzlichen Regelung die Frau sorgeberechtigt, so wird ihr im Prozeß nicht die einredeweise Geltendmachung des Erziehungsvertrags, sondern die mangelnde Aktivlegitimation des Mannes zum Sieg verhelfen.

Ist dagegen der Sinn des Erziehungsvertrags der, daß der eine Vertragsteil nicht auf sein Erziehungsrecht verzichtet, sondern nur für eine bestimmte Zeit die Ausübung des Erziehungsrechts dem anderen Teil überläßt, so wird wohl gegen die Gültigkeit eines solchen Vertrages kein Bedenken bestehen. Es ist m. E. hierbei von ausschlaggebender Bedeutung, daß der Erziehungsvertrag für eine bestimmte Zeit, z. B. für die Dauer der Trennung der Eltern, geschlossen wird. Daher geht wohl André[1]) zu weit, wenn er[2]) einen gültigen Erziehungsvertrag auch in den Fällen annehmen will, in denen ausdrücklich der eine Ehegatte dauernd seinem Rechte an dem Kinde entsagt. André begründet dies damit, daß auch hier in der Wirklichkeit regelmäßig nur eine Übertragung der Ausübung des Erziehungsrechtes anzunehmen sei. Wollte man sich auf diesen Standpunkt stellen, so wäre kaum eine Abgrenzung gegenüber dem oben (S. 38) besprochenen Fall zu finden, in dem der einseitige Verzicht des einen Vertragsteils auf sein Erziehungsrecht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge hat. Aber auch ein gültiger Erziehungsvertrag ist nicht schlechthin und für alle Zeit bindend. Der Vater hat kraft seines Personensorgerechts die Befugnis, die Erziehung seines Kindes zu leiten und, wenn es ihm besser dünkt, die Erziehung seines Kindes wieder selbst in die Hand zu nehmen, weil er es im Interesse des Kindes für erforderlich erachtet, muß ihm die Möglichkeit gegeben sein, einen bestehenden Erziehungsvertrag aufzuheben und das Kind zurückzufordern. Dieses Recht hat er sicher, wenn ein solcher Vertrag mit einem Dritten, z. B. mit einer Erziehungsanstalt besteht, und es wird ihm auch gegenüber der Mutter des Kindes zustehen, soweit sich nicht ein solches Verlangen als Mißbrauch seines Personensorgerechtes der Mutter gegenüber darstellt, ein Punkt, der unter 2. noch unten näher besprochen werden soll.

2. Noch häufiger als die eben erwähnte Einrede wird die Verteidigung der Frau durch den Hinweis sein, daß das Herausgabe-

[1]) André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder.
[2]) S. 27 a. a. O.

verlangen des Mannes einen Mißbrauch seines Personensorgerechts ihr gegenüber bilde. Hierbei muß unterschieden werden:

a) Sind die beiden Streitsteile noch verheiratet, lebt die Frau aber von ihrem Manne getrennt, weil sie berechtigt ist, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern, so kann sie einwenden, die Vorenthaltung sei nicht widerrechtlich, weil das Herausgabeverlangen des Mannes ihr gegenüber einen Mißbrauch seines Rechtes darstelle. Ein solcher Mißbrauch liegt vor, wenn das Herausgabeverlangen nicht der Sorge für die Person des Kindes entspringt, sondern ausschließlich oder in überwiegendem Maße die Schädigung oder Kränkung der Frau oder andere unlautere Zwecke verfolgt. In einem solchen Fall hat schon das Reichsgericht[1]) ausgesprochen, daß ein Mißbrauch des Rechtes des Mannes, der die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung ausschließe, vorliegt, wenn das Herausgabeverlangen als ein Druckmittel benutzt wird, um dadurch die Einwilligung der Frau zur Scheidung zu erzwingen. Zur Begründung wird hier auf § 1354 II BGB. Bezug genommen; die Anziehung dieser Vorschrift wäre eigentlich gar nicht notwendig gewesen, denn, wie das RG. in einem ähnlichen Falle[2]) ausführt, ergibt es sich schon aus dem Grundsatz, der das ganze Familienrecht beherrscht, daß die hier im einzelnen gewährten Rechte keine schrankenlosen sind, sondern ihre Grenzen finden in der Pflicht des Berechtigten, bei Ausübung seines Rechts auf die berechtigten Interessen der übrigen Familienmitglieder Rücksicht zu nehmen. Dagegen genügt die Tatsache allein, daß die Frau befugt ist, von ihrem Manne getrennt zu leben, noch nicht, um ihr das Recht zu geben, die Herausgabe des Kindes an den sorgeberechtigten klagenden Ehemann zu verweigern. Sie würde sonst, wie das RG. in einer Entscheidung in einem solchen Falle[3]) betont, die Rechtsstellung einer unschuldig geschiedenen Ehefrau einnehmen, ohne daß die Frage eines etwa auch auf ihrer Seite vorhandenen Verschuldens gerichtlich geklärt wäre. Eine solche Gleichstellung würde aber auch der gesetzlichen Stütze entbehren, da die Frage des Personensorgerechts für die bestehende und die geschiedene Ehe grundsätzlich verschieden geregelt ist.

[1]) JW. 1925, S. 945.
[2]) JW. 1912, S. 395.
[3]) JW. 1913, S. 646.

b) Daß die aus ihrem Verschulden geschiedene Ehefrau die Einrede des Rechtsmißbrauchs im oben ausgeführten Sinne nicht erheben kann, ist selbstverständlich. An und für sich steht sie dem Manne, der sein Herausgabeverlangen klageweise geltend macht, wie ein fremder Dritter gegenüber, da sie ja das Personensorgerecht für das Kind nach Maßgabe des § 1635 BGB. verloren hat. Doch erscheint die Frage zweifelhaft, ob ihr nicht die Einrede der Schikane nach § 226 BGB. auch in diesem Falle zustehen könnte; natürlich müßte sie beweisen können, daß die Herausgabeklage von dem Kläger lediglich zu dem Zweck angestrengt worden ist, um sie zu schädigen und zu kränken[1]). Das Reichsgericht hat in einem solchen Falle diese Frage bejaht[2]).

3. Aus dem Interesse des Kindes allein kann die Einrede des Mißbrauchs des Personensorgerechts auf Seite des Klägers nicht abgeleitet werden. v. Blume[3]) vertritt zwar diese Ansicht, von Schrifttum und der Spruchpraxis der obersten Gerichte wird aber das Moment der Wohlfahrt des Kindes als Einredegrund nicht anerkannt. Es ist auch dafür im ordentlichen Prozeß zwischen Gewalthaber und Vorenthaltendem kein Raum; mit Recht wird dieser Einwand auf das Gebiet des vormundschaftsgerichtlichen Einschreitens verwiesen.

4. Eine Verfügung des Prozeßgerichts im Ehescheidungsprozeß nach § 627 ZPO. oder eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB. über den Aufenthalt des Kindes schließt immer die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung aus und kann stets dem Klagebegehren als wirksame Einrede entgegengehalten werden. Dabei ist es gleichgültig, ob die betreffende Anordnung oder Verfügung bereits zur Zeit der Klageerhebung bestanden hat oder ob sie erst im Laufe des Herausgabeprozesses erlassen worden ist. Immer ist der Prozeßrichter an den Inhalt der Bestimmung gebunden, ohne daß ihm das Recht der Nachprüfung zustünde.

5. Die Einrede der Verjährung kann von dem Beklagten dem auf Herausgabe klagenden Inhaber des persönlichen Fürsorgerechts nicht erfolgreich entgegengehalten werden. Das hier in Frage stehende Recht als ein höchst persönliches, unveräußerliches und unvererbliches Familienrecht stellt ohne Zweifel einen „Anspruch aus einem

[1]) Vgl. JW. 1907, S. 6.
[2]) RG. Warn. 1918, Nr. 12.
[3]) Anm. 2c zu § 1632.

familienrechtlichen Verhältnisse" dar und ist „auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft", d. h. auf die Rückgabe und das Verbleiben des Kindes beim fürsorgeberechtigten Inhaber der elterlichen Gewalt gerichtet. Ein derartiger Anspruch unterliegt aber nach § 194 II BGB. der Verjährung nicht.

6. Hat der Gewalthaber sein Kind gemäß § 113 BGB. ermächtigt, in Dienst oder Arbeit zu treten, so kann er gleichwohl kraft seines Personensorgerechts unter Widerruf seiner Genehmigung das Kind von dem Arbeitgeber herausverlangen, ohne daß dieser sich auf das Arbeitsverhältnis als Ausschlußgrund der Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung berufen könnte[1]). Anderer Ansicht ist v. Blume[2]), der ausführt, schon im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs könne man dem Vater nicht die Befugnis zubilligen, einen mit seiner Genehmigung abgeschlossenen Dienst- oder Arbeitsvertrag durch Geltendmachung seines Herausgabeanspruchs nach § 1632 BGB. illusorisch zu machen. Dagegen ist anzuführen, daß schon die erhöhte Schutzbedürftigkeit des Jugendlichen verlangt, daß das Personensorgerecht des Gewalthabers nicht hinter einem gewöhnlichen Vertragsverhältnis zurückstehen muß. Einer willkürlichen Geltendmachung des Herausgabeanspruchs von seiten des Sorgeberechtigten dagegen wird schon die Schadenersatzpflicht, der er sich bei einer sachlich unbegründeten Geltendmachung seines Personensorgerechts aussetzt, einen Riegel vorschieben[3]).

---

[1]) Zustimmend auch Staudinger, Anm. 2bβ zu § 1632.

[2]) Anm. 2cδ zu § 1632.

[3]) Vgl. Rspr. OLG. **6**, S. 60; OLG. **19**, S. 303; RG. vom 29. IX. 19 in LZ. 1920, S. 384.

E. Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil auf Herausgabe eines Kindes.

Ist durch rechtskräftiges Urteil ausgesprochen worden, daß der Beklagte das Kind an den Kläger herauszugeben habe, so steht dem Kläger das Recht zu, das Urteil durch den Gerichtsvollzieher vollstrecken zu lassen. Auf die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteil findet die Vorschrift des § 883 ZPO. entsprechende Anwendung, so daß der Gerichtsvollzieher dem Schuldner das Kind wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben hat. Wird das Kind durch den Gerichtsvollzieher bei dem Beklagten nicht vorgefunden, so kann gemäß § 883 II ZPO. der Gläubiger den Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides vorladen lassen. Es ist jedoch möglich, daß der Schuldner das Kind aus seiner Obhut entfernt und bei einem Dritten untergebracht hat und sich der Leistung des Offenbarungseides durch öfteren Wechsel des Aufenthaltsortes entzieht. Es erhebt sich da die Frage, ob durch ein solches Verhalten des Schuldners der Gläubiger ohne weiteres um die Verwirklichung seines Anspruchs gebracht werden kann oder ob nicht doch eine gesetzliche Handhabe gegeben ist, die es dem Gläubiger ermöglicht, sein Herausgabeverlangen dem Schuldner gegenüber durchzusetzen. In einem solchen Falle hat sich das OLG. Darmstadt dadurch zu helfen gesucht, daß es die Anwendbarkeit des § 888 ZPO. bejaht hat[1]). Es führte in der Begründung aus:

„Es wird der § 888 ZPO. namentlich dann für anwendbar erachtet, wenn mit der Herausgabe dem Verpflichteten eine eigene Tätigkeit, ein Zuführen oder Verschaffen des Kindes ausdrücklich oder sinngemäß aufgegeben ist. Das letztere ist namentlich dann anzunehmen, wenn der Verpflichtete das herauszugebende Kind aus seinem Gewahrsam, d. h. aus seiner Obhut weggebracht und überdies ins Ausland verbracht hat, wo es der Berechtigte mittels einer anderen Art von Zwangsvollstreckung, namentlich nach § 886 ZPO., kaum je

[1]) OLG. Darmstadt in JW. 1923, S. 849.

erlangen kann. In einem solchen Falle erscheint die durchzusetzende Herausgabe als eine lediglich von dem Verpflichteten ausführbare, von dessen Willen allein abhängige Handlung, die praktisch nur mit den Zwangsmitteln des § 888 ZPO. gegen den Schuldner durchgesetzt werden kann. Daß etwa der persönliche Zustand des Kindes, Verkehrsverhältnisse oder sonstige äußere Unmöglichkeiten die Herbeischaffung des Kindes für den Schuldner unmöglich machen und die Anwendung des § 888 ZPO. ungerechtfertigt erscheinen lassen, hat der Schuldner nachzuweisen."

Auf den gleichen Gedanken, aus der Pflicht des Schuldners zur Herausgabe eine Zuführungspflicht zu konstruieren, ist auch das Kammergericht gekommen[1]). Es argumentiert folgendermaßen: In dem Versteckthalten des Kindes liege eine unerlaubte Handlung nach § 823 I BGB., da zu den „sonstigen" Gütern auch das Recht der elterlichen Gewalt und damit das Personensorgerecht gehöre, das als „sonstiges Recht" dem Eigentume gleichstehe. Der Schuldner habe dieses Recht vorsätzlich und rechtswidrig verletzt, da er das Kind trotz Aufforderung des Klägers diesem nicht herausgegeben habe. Daher sei er schadenersatzpflichtig und müsse den Zustand wieder herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB.). Sonst wäre Zwangsvollstreckung nach § 883 ZPO. erfolgt; also müsse der Schuldner das Kind dem Gläubiger zuführen.

Aus beiden Entscheidungen merkt man deutlich heraus, daß die erkennenden Gerichte, mit dem negativen Ergebnis der Zwangsvollstreckung aus § 883 ZPO. unzufrieden, nach einem Ausweg gesucht haben, um dem Vollstreckungsgläubiger (Mutter) zu seinem Kinde zu verhelfen. So begreiflich das vom rein menschlichen Standpunkt aus ist, so darf man sich doch der Tatsache nicht verschließen, daß die Begründungen rechtlich sehr bedenklich sind. Denn der Gläubiger, dessen Vollstreckungstitel auf „Herausgabe" lautet, hat kein Recht auf „Zuführung" und damit auf den Schutz und die Zwangsmittel des § 888 ZPO. Darauf weist auch Friedmann-Braun[2]) hin und führt dazu aus, daß man, um die Unhaltbarkeit der Anwendung des § 888 ZPO., auch über den Umweg der unerlaubten Handlung (§§ 823 I; 249 BGB.)

[1]) KG. in JW. 1925, S. 377.
[2]) DJZ. 1924, S. 729.

darzutun, nur den Parallelfall zu konstruieren brauche, daß gegen den Schuldner ein Vollstreckungstitel auf Herausgabe einer Sache besteht, der Schuldner aber diese Sache vor dem Zugriff des Gläubigers ins Ausland verbracht hat. Niemals werde in einem solchen Falle der Vollstreckungsschuldner wegen unerlaubter Handlung zum Schadenersatz in der Weise herangezogen werden können, daß er durch die Strafen nach § 888 ZPO. gezwungen wird, die Sache an den Vollstreckungsgläubiger herauszugeben. Anderer Ansicht ist Wolff-Kipp[1]), der zwar auch die Auffassung des Kammergerichts in der oben mitgeteilten Entscheidung mißbilligt, aber darauf hinweist, daß es sich in diesem Falle um eine durch die Umstände (§ 269 BGB.) begründete Bestimmung des Erfüllungsortes für den Herausgabeanspruch handle. Stein-Jonas[2]) endlich sagt ganz allgemein, daß § 883 ZPO. auch dann gelte, wenn der Vollstreckungstitel dahin lautet, daß der Schuldner dem Gläubiger die Person zuführen soll, und erwähnt nur als Ausnahme den oben mitgeteilten Fall unter Berufung auf das Urteil des OLG. Darmstadt, ohne kritisch dazu Stellung zu nehmen.

M. E. ist, wenn man die vom OLG. Darmstadt und vom Kammergericht gefundenen Verlegenheitslösungen ablehnt, de lege lata in einem solchen Fall die tatsächliche Verwirklichung des Herausgabeanspruchs infolge des Versagens der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen unmöglich. De lege ferenda wäre zu erwägen, ob es nicht vorteilhafter wäre, den ganzen Herausgabeanspruch nach § 1632 BGB. aus der streitigen Gerichtsbarkeit mit ihrem Parteibetrieb loszulösen und dafür die ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes festzusetzen. Besonders ist hierbei in Betracht zu ziehen, daß wohl nur einen winzigen Bruchteil der anfallenden Herausgabeklagen die Fälle ausmachen, in denen als „Dritter" ein Beklagter in Frage kommt, der nicht in irgendeinem familienrechtlichen Verhältnisse zu dem Kinde steht. In der übergroßen Mehrzahl bilden Ehegatten und Verwandte die Streitsteile, so daß das Vormundschaftsgericht kraft seiner ihm nach geltendem Recht zustehenden Befugnis fast stets in der Lage ist, im Bedarfsfalle das Personensorgerecht anders zu verteilen. Es kann sogar dem Kläger noch nach erhobener Herausgabeklage durch Entzug des Sorgerechtes den Boden unter den Füßen

[1]) Fam.-Recht, Anm. 14 zu § 79.
[2]) Anm. III zu § 883 ZPO.

wegziehen, ihm während des Prozesses die Aktivlegitimation nehmen, ohne daß dem Prozeßrichter das Recht zustünde, die Richtigkeit oder Zweckmäßigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung nachzuprüfen[1]). Man wird daher sagen müssen, daß dieses Nebeneinanderstehen zweier rechtschaffenden Gewalten keine Förderung, sondern eher eine Behinderung der Anspruchsverwirklichung der Parteien bewirkt. Gibt man dagegen dem Vormundschaftsgericht das Recht, auch über den Herausgabeanspruch unter Ausschluß des Prozeßgerichts zu entscheiden, so würde dadurch eine ungehemmte Rechtsverfolgung seitens des Anspruchsberechtigten geschaffen werden und außerdem wäre der erkennenden Behörde die Möglichkeit gegeben, bei der Entscheidung auch das Wohl des Kindes in entsprechendem Maße zu berücksichtigen. Ferner würden dadurch, daß die Anspruchsverfolgung aus § 1632 BGB. der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeteilt würde, auch die unbefriedigenden Ergebnisse einer erfolglosen Zwangsvollstreckung in Wegfall kommen, da dem Vormundschaftsgericht zur Durchführung seiner Maßnahmen gemäß Art. 130 Bayerisches AG. zum BGB. die Anwendung unmittelbaren Zwanges möglich ist.

---

[1]) Bayr. OLGZ. **7**, S. 113ff., RGZ. **63**, S. 275ff.; RG. in JW. 1910, S. 113; Rspr. OLG. **24**, S. 40; RG. in Warn. E. 1920, Nr. 47.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

v. Amira: Grundriß der germanischen Rechtsgeschichte.
André: Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder. Marburger Rektoratsrede 1905.
v. Brinz: Lehrbuch der Pandekten. Bd. III, 2. Aufl.
Burchardi: Das gemeinrechtliche Erziehungssystem. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 8.
Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 7. u. 8. Aufl. 1924.
Danz: Lehrbuch der Geschichte des römischen Staatsrechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1871.
Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. IV. 4. Aufl. 1908.
Eckard: Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder nach gemeinem Recht und BGB. Rostock 1900.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 2. Abt. 8. u. 9. Aufl. 1908.
Engelmann: Das alte und das neue bürgerl. Recht Deutschlands. 1899.
Friedmann-Braun: Der Streit der Eltern um die Herausgabe des Kindes. DJZ. 1911, S. 1126ff.
Gengler: Deutsches Privatrecht. 4. Aufl. 1892.
Goldmann-Lilienthal: Das BGB. Bd. 3. 1921.
Hedemann: Zuständigkeit im Streit um Kinder. Recht 1907, S. 96ff.
Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2.
Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Fam.-Recht. Bd. 2, Abt. 2. 5. Bearbeitung.
Kübler: Römische Rechtsgeschichte.
Kraut: Die Vormundschaft. Bd. 2. 1847.
Leonhard: Die Beweislast. 2. Aufl. 1926.
Motive zum BGB. Bd. IV.
Opet-v. Blume: Das Fam.-Recht. 1906.
Planck: Kommentar zum BGB. Bd. 4. 3. Aufl. 1906.
Protokolle zum Entwurf eines BGB. Bd. IV.
Puchta: Cursus der Institutionen. Bd. III.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. 6. Aufl. 1928.
Roth: System des deutschen Privatrechts. 2. Teil. Fam.-Recht.
Schiedermair: Handausg. des Jugendwohlfahrtsgesetzes. 1926.
Schirdewan: Geschichte und rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs nach § 1632. Marburg 1921 (Auszug).
Schröder-Mugdan: Das deutsche Vormundschaftsrecht.

Siméon: Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche. Bd. 2. 1921.
Soergel: Kommentar zum BGB. Bd. 2. 3. Aufl. 1926.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. 4. 2. Teil. 9. Aufl. 1926.
Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. Bd. 2, 12./13. Aufl. 1926.
Warneyer: Kommentar zum BGB. Bd. 2. 1927.
Wilda: Von den unecht geborenen Kindern. Zeitschr. für d. Recht. Bd. 15, S. 237ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 3. 9. Aufl.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Bayer. Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Juristische Wochenschrift.